

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年) (12)
(*Walter Groppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015*)

金 尚均
玄 守道 (監訳)

目 次

第1部 導入

§1 犯罪—刑法—刑法学—社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定—実質的内容—構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理 (以上、49巻4号)

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動（いわゆる故意結果犯）

§4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値） (以上、50巻1号)

B. 構成要件該当性の主観的要素（人的無価値） (以上、50巻3号)

§5 違法性と正当化事由

A. 構成要件該当性、違法性、正当化

B. 個別の正当化

I. 承諾の表明 (以上、50巻4号)

II. 正当防衛（刑32条）とその他の防御権（民229条、同859条1項及び2項）
(以上、51巻1号)

III. 正当化緊急避難（刑34条、民228、904条）

IV. 正当化される義務の衝突

V. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務権限と強制権限による正当化

VI. 軍事上の命令と職務上の命令（指示）

VII. 教育権

Ⅷ. 許された危険

Ⅸ. 社会的相当性は正当化事由となるか？

X. 各正当化事情の競合

C. 復習のために (以上、51巻3号)

§6 有責性と責任—責任阻却事由—免責事由

§7 特別な法効果の条件と障害 (以上、51巻4号)

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§8 特別な行為結果による加重（結果的加重犯） (以上、52巻2号)

§9 未遂と中止行為（中止犯）—可罰的予備行為—行為による悔悟

A. 犯罪行為の実現段階としての未遂 (以上、本号)

B. 中止犯（刑法24条）

C. 可罰的予備行為／関与の未遂

D. 復習のために

§10 関与

§11 不作為

§12 過失

第4部 錯誤論

§13 錯誤

第5部 競合論と刑法上の制裁

§14 法条單一（Gesetzeinheit）—所為の單一性（Tateinheit）（§52）—所為の複数性（Tatmehrheit）（§§53-55）

§15 刑法上の制裁

細目次

§9 未遂と中止未遂（中止犯）——可罰的予備行為——行為による悔悟

A. 犯罪行為の実現段階としての未遂

I. 未遂の不法を基礎づける要素としての「犯行の表象」と「直接の着手」（刑法22条）

1. 犯行の表象（犯行決意）と未遂の構成要件該当性のさらなる主観的要素（人的無価値）

a) 犯行の表象（犯行決意）

aa) 犯行決意の構成要素と無条件性

bb) 著しい無分別からの未遂や事前的非危険の未遂を含めた不能未遂への決意

cc) 妄想犯（空想犯）や迷信による未遂における決意の不存在と既遂への意思の欠如

- b) 構成要件該当性のさらなる主観的要素
- 2. 未遂の客観的無価値要素（事態無価値）としての直接の着手
 - a) 形式的客観説
 - b) 実質的客観説
 - c) 主観説
 - d) 今日支配的な主観客観混合説
 - e) 事前的明白に非危険の未遂や（認識されていない）合法的未遂における直接の着手の不存在
 - f) 拡張された刑罰法規、特に加重規定や通常例、複数の実行行為を伴う刑罰法規における直接の着手
 - g) 被害者の必要的関与における直接の着手
 - h) 不作為による直接の着手
- II. 未遂の可罰性の形式的限界（刑法23条）
- III. 未遂の処罰根拠
- IV. 特別の問題
 - 1. 特別な結果によって加重される（結果的加重）犯罪における未遂
 - a) 基本犯の既遂と特別な結果の未遂（「加重結果の未遂」）
 - b) 基本犯の未遂と特別な結果の発生（「結果加重的な未遂」）
 - c) 基本犯の未遂と特別な結果の未遂（「結果的加重犯の未遂」）
 - 2. 通常例における未遂
 - a) 基本犯の既遂と通常例の「未遂」
 - b) 基本犯の未遂と通常例の実現
 - c) 通常例と基本犯の両方の未遂
- V. 未遂犯の構造 （以上、本号）
- B. 中止犯（刑法24条）
- C. 可罰的予備行為／関与の未遂
- D. 復習のために

§ 9 未遂と中止未遂（中止犯）——可罰的予備行為——行為による悔悟

〔1〕リーディングケース9

農夫Bは、窮乏状態に陥っていたが、数キロ距離があり人里も離れたCの牧場から若い雄牛を領得し、ソーセージ製造業者Wに「自身

の」家畜として「売却」しようと決意した。Bは自身の家畜輸送用車をガレージから持ち出し、Cの牧場へと移動した。

〔2〕ヴァリエーションa 牧場に到着したBは、若い雄牛を家畜輸送用車に運び込み、いい値段を支払ってくれたWに渡した。

〔3〕ヴァリエーションb Bが牧場に到着したとき、ちょうど柵が開かれており、Bは驚いたことに全く牛を見つけられないことを確認した。悪天候から動物を保護するための大きな木造小屋も空であった。Cはその前日に既に雄牛を搬出していた。失望したBは柵を閉め、車に乗り込み帰宅した。

A. 犯罪行為の実現段階としての未遂

〔4〕 可罰的行為には全て、時間のなかで生命による事象として、始まりと終わりがある。リーディングケース9では、若い雄牛の盗難と連関する生活事態は若い雄牛を搬出するというBの決断で開始されている。それは、情を知らないWが動物の確実な保管を達成するやいなや終了する。それというのも、この生活事態は、Wに対してCからもはや何らも争われていないからである。むしろ、民法935条1項1文に基づき所有者のままであるCは、Wに対して返却を訴えねばならないだろう（民985条）。

〔5〕 刑法上の重要性がこの生活事態のどのような段階に位置を占め、特に可罰的であるのかにつき理解するために、様々な段階、つまり犯罪行為のいわゆる実現段階に専門概念が当てられている。

- ▶ ・予備
- ・未遂
- ・既遂
- ・終了

〔6〕 実現段階の概念枠組みへと生活事態を整序するための基準点は、既遂の段階である。それというのも、構成要件該当性のあらゆる要素が充足された場合に既遂の段階が存在することによって、その段階は、刑法典の各則の刑罰法規と直接的に一致するからである。

〔7〕 犯行が終了するのは、支配的見解によれば、法益侵害に関連する行為者の行為が既遂によって完了するときである。終了は、時効の起算点としてのみ意味を有するだけではない（刑78条a第1文）。むしろ、この時点に至るまで加重要素も充足され得るのであり、関与、特に幫助が行われ得し、そして、ある犯罪行為の既遂が事前行為（Vortat）として前提とされている犯罪行為が遂行され得る。

〔8〕 事例 9.1

強盜的窃盜（刑252条）〔強盜の刑で処せられる窃盜、事後強盜罪類似の罪：以下〔 〕は訳者注〕は、行為者が「窃盜を行ったばかり」であり、盜品の占有を維持するために、人に対して暴行を加え又は身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いることを条件としている。その際、窃盜は事前行為として既遂となっていなければならない、すなわち財物の奪取が達成されていなければならない。この時点より前なら、暴行の投入は奪取の手段として役立つだろうし、したがって強盜の刑罰法規、刑法249条が実現されることになる。

〔9〕 既遂と終了の間の不特定の時間に刑の加重を結びつけることは、法律上の基礎の欠如に鑑みて、また基本法103条2項における明確性の要請を考慮しても、問題なしとはしない。したがって、終了に至るまでの時間の刑罰を基礎づけるあるいは加重する機能は、注目すべき少数説によれば、そこにおいては既遂後も構成要件該当的態度が存在している犯罪行為においてのみ承認される（いわゆる構成要件関係の終了）。このことは、特に、

例えば、刑法239条による監禁罪のような継続犯において当てはまる。

[10] 行為者が少なくとも「犯行についての自らの表象により、構成要件 [= 法律で記述された可罰的行為] の実現に直接に着手し (た)」ときに、犯行は未遂である (刑22条)。その際、行為者が自らの表象により可罰的行為の実現に直接に着手することで十分であり、既遂はまたその後にはじめて達成されることになる。

[11] いわゆる企行犯 (Unternehmensstraftat) (例えば、刑81条の連邦に対する内乱罪の「ドイツ連邦共和国の存立を侵害すること……を企行した者」、刑82条のラントに対する内乱罪) は、未遂と既遂が合一されている。それというのも、刑法11条1項6号で「企行」とは既遂と未遂を意味するとされているからである。支配的見解によれば、そこでは既に文言上そのように公式化されている真正企行犯からは、いわゆる不真正企行犯が区別される。そこでは、実質的未遂段階が含まれている (例えば、刑292条の密猟罪における「待ち伏せ」という公式化が見受けられる。既遂と未遂の同等化がもたらすのは、刑法23条2項による (任意的) 刑の減軽が排斥されるということである。それに加えて、企行犯は、一度も「試み」られ得ないものである。争いがあるのは、企行犯の行為者が、既遂がまだ発生していない場合に限り、刑法24条によって刑罰からの解放という形で中止せられ得るかかどうかという点である。このことが、支配的な、形式的既遂への参照の下では、その都度個別の中止規定が存在しない限りは否定される一方で、不当ではないものの、先の中止規定の類推適用は要求されている。それどころか、ヴォルタース (Wolters) は、詳細な歴史的分析に基づき、中止既定の直接適用に賛成しさえしている。

[12] 行為者が、犯行についてのその表象によれば、構成要件該当性の客観的要素の実現にまだ直接に着手していない場合には、予備行為があるに過ぎない。

〔13〕 リーディングケース9について

リーディングケース9における実現段階を考察すると、まず刑法242条の窃盗罪の刑罰法規が問題になる。構成要件該当性の客観的要素として、他人の動産の奪取（Wegnahme）が要求される。奪取は、他人の占有を侵害し、新たな無条件ではない固有の占有を基礎づけることを意味する。リーディングケース9ヴァージョンaでは、Bが若い雄牛を家畜輸送用車に載せたことで、BはCの占有を、つまりその事実的な、支配意思に担われた支配関係を侵害し、新たに基礎づけている。したがって、既遂が認められる。支配的見解によれば、窃盗罪の終了は、Wに引き渡した時点である。若い雄牛の領得の決意並びに家畜輸送用車の運転は、まずもって予備行為である。さらなる本質的な中間ステップが構成要件該当性の客観的要素の実現のためにもはや必要ではないときに、Bの態度は未遂の段階に至る。窃盗罪においてこのことが当てはまるのは、例えばCの占有が柵の開放によって弛緩されることにより、犯罪行為（*Tathandlung*）として奪取が開始されたときである。

〔14〕 リーディングケース9ヴァージョンbにおいては、牛が全くそこにいないにもかかわらず未遂段階にすでに達しているかどうか、あるいは、予備行為が存在しているに過ぎないのかが争われ得る。

〔15〕 極めて多くの場合、関係者の可罰性または不処罰は、同時に、予備行為として判断されるか、それとも未遂として判断されるかに依拠している。その理由は、犯罪行為の未遂はそのほとんど多くが可罰的と説明されているが、他方で予備行為の可罰性は稀にしか規定されないという点にある。

〔16〕 したがって、（通常）不可罰の予備と（ほとんどが）可罰的な未遂の間の区別は、未遂の解釈学における中心問題である。立法者は、刑法22

条での未遂の段階の公式化を通じて、解答を示している。

I. 未遂の不法を基礎づける要素としての「犯行の表象」と「直接の着手」 (刑法22条)

〔17〕 刑法22条 概念規定

犯行についての自らの表象により、構成要件の実現に直接に着手した者は、犯罪行為の未遂を行っている。

〔18〕 故意既遂犯の無価値のように、未遂犯の無価値も客観的要素と主観的要素によって基礎づけられている。生活事態の刑法上の評価をもっぱら形成しているのは、今日では、主観的側面、特に犯罪行為の表象や犯行決意である。それというのも、犯行決意の認識なしには——すなわち、犯行の外形的な外観のみでは——、行為者がどのような刑罰法規に違反しようとしていたかが全くといっていいほど確認され得ないからである。さらに、犯行決意によって、行為者が構成要件該当性の客観的要素の実現に直接に着手したかどうかの評価される。したがって、根本的に未遂無価値の第一義的に主観的な基礎づけが問題となっているにもかかわらず、主観的・客観的未遂論が語られている。

〔19〕 Bが家畜の競りのための走行の際にCの牧草地を通りがかり、Cに対する親切心からこの機会に柵がきちんと閉鎖されているかどうかを調べた場合には、外部的な外観の点では、当該事象はリーディングケース9ヴァージョンbからは区別されないだろう。したがって、Bの表象に関する情報なしには、そもそもBの態度を刑罰法規に整序することができる状態にはないのである。

1. 犯行の表象（犯行決意）と未遂の構成要件該当性のさらなる主観的要素（人的無価値）

a) 犯行の表象（犯行決意）

aa) 犯行決意の構成要素と無条件性

〔20〕 犯行決意は、故意および場合によっては行為者によって意図された犯罪行為のさらなる主観的不法要素からなる。故意は、犯行、すなわち犯罪行為、つまり構成要件該当的態度に向けられなければならない、つまりは、意図された犯罪行為の客観的メルクマールに向けられていなければならない。

〔21〕 犯行決意の構成要素として、故意は可罰的な行為の既遂の故意と同じであり、このことから、未遂と既遂は主観的には区別されず、もっぱら客観的に、構成要件に該当する外界の変動が発生したかどうかの点で区別されるということが明らかとなる。したがって、故意は、その強度に関して、各刑罰法規に行為者の故意を据えるという要求をも充足しなければならない。

〔22〕 事例 9.2

虚偽告発（刑164条）の決意は、行為者がそれにつき第三者を告発するつもりで違法な所為が行われていないことを、行為者が認識している場合にのみ存在している。なぜなら、虚偽告発は、「それを十分に知りながら」行為者の行為がなされたことを要求しているからである。反対に、刑法212条〔謀殺罪〕がこの点で未必の故意（*dolus eventualis*）で十分とされているために、行為者が死に関して未必的な故意で行為したとした場合に、既に故殺の決意は存在している。

〔23〕 もっとも、構成要件該当性の特殊主観的要素も、それが目指された犯罪行為に属する場合には、犯行決意の構成要素である。窃盗を行うつもりで盗取した者は、不法領得の意思で行為していなければならない。

〔24〕 刑法22条においてことさら言及されていないにもかかわらず、支配的見解によれば、未遂の構成要件該当性の主観的要素は、行為者の意思が犯行の実現のためにさらなる条件の発生に結びつけられていてはならない、つまり「無条件」でなければならないことを結局は前提としている。

〔25〕 リーディングケース9について

例えば、リーディングケース9において、適切な動物を選ぶために、行為者がまず一度牧場の牛を見渡そうとしていたと想定した場合、この選別が行われていない限りでは、刑法22条の意味での犯行決意は欠けている。それというのも、この時点までに、行為者はまだ行為客体の点で何らの意思を形成してはいなかったからである。単に犯行傾向 (*Tatgeneigtheit*) が存在しているに過ぎないのである。

〔26〕 それに対して、行為者の意思がではなく、犯行の実現のみがさらなる条件に依拠している場合には、無条件の犯行決意が存在している。リーディングケース9でいえば、行為者が発覚の際に連れて行こうとした牛につき、最初から特定の牛を狙っていた場合に、この事態が想定されるだろう。

bb) 著しい無分別からの未遂や事前的非危険の未遂を含めた不能未遂への決意

〔27〕 主観的な未遂無価値を構成するには、行為者が構成要件に該当する態度の実現を表象したことで十分であるので、原理的に、どのような理由からこの表象の実現に至らなかったかは考慮されない。

〔28〕 したがって、刑法22条の定義は不能未遂 (*untauglicher Versuch*) をも包含し、そこからその可罰性にとっての基礎も形成する。当該行為主体ないし行為客体が構成要件該当的な外界の変動の実現に適していない場合が、不能未遂である。すなわち、刑法218条〔妊娠中絶罪〕の行為者が

妊娠していない場合、扉を解錠するために用意された鍵が合わない場合、暗闇で「射殺」されたライバルが案山子だと明らかになった場合である。

〔29〕 また、次のような刑法23条3項において記述される著しい無分別からの未遂 (*grob unverständiger Versuch*) の事案も、

〔30〕 ③ 行為者が、著しい無分別から、所為を行おうとした対象または手段の性質によれば、未遂がおおよそ既遂には達し得なかったことを誤認したときは、裁判所は刑を免除または裁量により刑を減輕することができる（刑49条2項）

刑法22条の意味での決意を前提としている。その際、どのような標準的に情報を与えられた人間にとっても明らかである、原因連関に関する完全・的外れの表象が、もっぱら問題となっている。

〔31〕 事例 9.3

妊娠中のAは、カミツレ茶によって妊娠中絶を惹起し得ると信じていた。

〔32〕 ここで、立法者は、法効果の面でのみ、任意的刑の減輕を認めている。

〔33〕 さらに、著しい無分別からの未遂の域の下に、事前的非危険の未遂 (*ex ante ungefährlicher Versuch*) の事案を位置づけられる。そこでは、行為者の計画を熟知し客観的な標準的に情報を与えられた考察者の観点からも、外部的観察者の観点からも、全く危険ではないと思われるある態度を、行為者が直接に着手している。

〔34〕 事例 9.4

Aは、散弾銃で3キロメートル離れたBを射殺することに着手した。
Aの計画を知らない者にとっても、この未遂が危険ではないことは明らかであった。

〔35〕 支配的見解は、事前的な客観的に危険でない未遂をもちろん当罰的ではないとみなしているが、しかし、立法者の意思は、刑法23条3項の参照の下で可罰的とみなしている。これに対して、少数説は、既に刑法22条の意味での決意を否定しようとする。さて、事前的客観的に非危険な未遂が著しい無分別からの未遂と一致するのは、行為者が犯行事実を認識しているにもかかわらず（飛行機を打ち落とす手段としての散弾銃や妊娠中絶を引き起こすためのカミツレ茶）その作為の危険性をもっぱら誤って受け取っている点である。したがって、刑法23条3項に鑑みれば、事前的客観的に非危険な未遂においても、決意は否定され得る。

cc) 妄想犯（空想犯）や迷信による未遂における決意の不存在と既遂への意思の欠如

〔36〕 決意において表出される未遂の人的無価値にとっては、構成要件該当的態度の精神的先取りが基礎にあるので、妄想犯（空想犯）（Wahnstraftat（Wahndelikt））においても迷信による未遂（abergläubischer Versuch）〕においても刑法22条の意味での決意は存在しない。

〔37〕 妄想犯においては、行為者は、事態についての認識がある一方、禁止の存在に関してのみ錯誤している。行為者は、実際には不処罰の態度が可罰的であると、誤って受け取っている。したがって、行為者は可罰的であるものを表象していない。行為者にとっては、可罰的行為への決意が欠けているのである。

〔38〕 事例 9.5

哲学を選択した学生が口頭試験のために、自身はネクタイを有していなかったことから、一時的に隣室の人のネクタイを使った場合、持続的な権利者排除に向けられた意思が欠けているという理由で、すでに窃盗罪とはならない。むしろ、当該学生は、構成要件に該当する形で類型化されてはいない、したがって不可罰の財物奪取を行っている。たとえ当該学生が誤った判断の結果窃盗を行ってしまったと想定していても、それでもなお未遂とはならないのである。それというのも、当該学生は窃盗罪の要素を充足することになる事態を表象しているのではなく、むしろ、実際には構成要件に該当しない行為の可罰性を表象しているからである。したがって、当該学生は、自身によって「思い込まされた」犯罪行為ではあるが、しかし実際には不可罰でそのため構成要件に該当しない、財物奪取の形式における「妄想犯」の「行為者」となるのである。

〔39〕 迷信による未遂が罪とならないのも、同様に、未遂犯の行為者は可罰的事態の実現を表象しなければならないということに由来する。

〔40〕 事例 9.6

行為者Tが、構成要件に該当する外界の変動——裕福なおじの死——を、丁度おじがカリブ海に向けて搭乗中の飛行機を超自然的な力で墜落させることによって惹起し得ると想起した場合、目指されたその変動は、構成要件に該当し得る。しかし、その発生につきTは自身の行為の結果として帰属されないだろう。したがって、Tの行為は構成要件には該当しない事態に向けられており、迷信による未遂として不処罰となる。

〔41〕 既遂への意思がなく行為する行為者もまた、犯行決意を有してはい

ない。なぜなら、法律で記述された外界の変動（犯行結果）に関する故意もここに属するからである。

〔42〕 事例 9.7

裏切られた妻Eがその婚姻および実質的な扶養を、Eがその夫に毒を服用させることで一時的に寝たきりにし、それによって夫のさらなる浮気を阻止しようとすることによって、維持しようと試みた場合、Eはまさに故意なきに行為している。けれども、Eの夫が毒の投与で生存しなかったというのであれば、死に関してはせいぜいのところ過失が問題となるだろう。

b) 構成要件該当性のさらなる主観的要素

〔43〕 刑法22条で明文化されていないにもかかわらず、未遂の構成要件該当性の主観的諸要素には行為者の意図や動機も属するが、その意図や動機を行為者は表象し得ず、したがってその決意の対象にはなりえないが、しかし行為者は示しているものでなければならない。例えば、窃盗を行うつもりの方は、不法領得の意思を持って行為していなければならない。詐欺を遂行しようとする者は、自己または第三者に違法な財産的利益を得させる意図で行為していなければならない。隠蔽のための殺人を行おうとする者は〔隠蔽目的は謀殺罪（刑211条2項）のメルクマールの一つ〕、それによって犯罪行為を隠蔽する意図で殺害を決めているものでなければならない。もちろん、行為者は、そこから自身の意図が生じる諸事情を認識していなければならない。したがって、この諸事象は犯行の表象の構成要素である。しかし、行為者は意図それ自体を認識することはできず、むしろ意図を有していなければならないのである。

2. 未遂の客観的無価値要素（事態無価値）としての直接の着手

〔44〕 行為者が犯行についての自らの表象により、構成要件該当性の客観的要素の実現に直接に着手した場合にはじめて、刑法22条が可罰的未遂を想定するというのは、ローマ帝国の法学者ウルピアヌス（Ulpian〔Ulpianus〕）による、思考はそれが禁止にかかるものであったとしても自由であるという原理を考慮したものである。

〔45〕 直接の着手を未遂の客観的無価値要素とすることには異議はとなえられていないが、直接の着手がいつ認められ得るかは争いがあり、ほとんど解決不可能な問題である。これについては、主観的側面（行為者の表象）に判断にとっての基礎として重きを置くか、それとは異なり客観的側面（構成要件該当性の客観的要素の実現）に重きを置くかという点で、様々な見解が区別されている。この点で、次のようなアプローチが考えられている。

a) 形式的客観説

〔46〕 形式的客観説は——行為者の表象を等閑視する下で——未遂段階の開始を最大限後倒しをして、行為者が構成要件該当性の客観的要素の実現を開始した場合にはじめて開始されるとする。

〔47〕 リーディングケース9について

リーディングケース9では、農夫Bは、所有されている牛が存在し、かつBが門の錠を開けた場合にはじめて、窃盗の未遂に着手していることになろう。それというのも、この場合は、Cの牛への占有が弛緩され、そこから領得の第一の構成要素としての占有侵害が開始されているが故に、若い雄牛の領得が開始されているからである。

〔48〕 もっとも、この見解の難点が示されるのは、例えば故殺罪のように、

単一で構成され、結局は外界の変動としての一つの結果のみを記述する刑罰法規の場合である。ここでは、未遂段階は、形式的・客観的な考察方法の下で、例えば死に至る弾丸が発射されることによって死の惹起が開始された場合にはじめて達成されるだろう。その場合、未遂と既遂が実際上一致する。未遂に留まるのは、本質的には、行為者は命中させたが死に至る傷害ではなかった場合だけである。可罰性の領域は被害者の危殆化の領域の背後にとどまっており、それは被害者保護の観点では望ましくない。

b) 実質的客観説

[49] ラインハルト・フランク (Reinhard Frank) によって展開された実質的客観説は、「構成要件的行為とのその必然的な緊密関係があるために、自然な解釈によりその構成要素として現れる」あらゆる活動に既に直接に着手していると位置づけることによって、この帰結を回避しようと試みている。それによれば、もちろんまだ一度も部分的にせよ構成要件に該当していないが、それにもかかわらず行為客体の危殆化であるような行為も未遂段階に当てはまる。

[50] この見解によれば、銃弾の発射ではじめて未遂の段階となるのではなく、引鉄に指をかけていることで既に未遂段階が開始していることになる。

[51] フランクの見解が、攻撃客体を客観的に危殆化していないところの未遂を、それが絶対的に不能である（ピストルが引鉄の操作によって弾が装填されなかったと証明された場合）が故に把握することができないかどうかは、未確定なままであり得る。不能未遂の可罰性の問題は、直接の着手においてではなく、むしろ未遂の処罰根拠において基礎づけられるからである（欄外番号85以下）。不能未遂についても、直接に着手されているのである。

c) 主観説

[52] 客観説の対極を構成するのは、とりわけ初期の判例において支配的であった主観説である。この見解によれば、行為者の表象が未遂段階に至ったことについての唯一の基準とされる。例えば、行為者が強盗の遂行の目的で「被害者が今すぐ来る」と考えている場合には、行為者はそれに応じたイメージの表象を「やってやろう (Jetzt geht's los)」の意味で有していることになる。

[53] もちろん、この見解もその難点を有してる。すなわち、一つには、この見解は、犯行の開始にとっての基準としての行為者の表象によって、犯行の開始と構成要件該当性の要素の実現との間の結びつきを解消してしまう。行為者の表象に応じて、可罰的未遂の領域は狭くも広くもなる。したがって、それは個々の行為者の表象ではなく、むしろ「自然な解釈」である。しかし、それとともに、主観的未遂論も規範的性格を有することになる。ただ、不明確性の欠点は失われない。

d) 今日支配的な主観客観混合説

[54] 今日支配的な主観客観混合説は、先ほど示された間隙を埋めることを試みている。この見解が直接の着手を想定するのは、行為者の計画全体への「犯行の表象」によって（主観的に）行為者の態度と構成要件該当的実行行為との極めて密接な結びつきが存在している場合である（フランク！）。

[55] ▶ さらなる本質的な第二ステップがなくとも事態が妨げられずに進行する場合に、構成要件該当性の要素の実現に直接に至っている（客観的構成要素の時間的観点）。

[56] したがって、未遂への着手は、表象された構成要件該当性の客観的

要素の実現の前の最後の部分的行為であり、時間的に密な結びつきおよび「場所的近さ（Sphärenberührung）」によって特徴づけられる。行為は、それが刑罰法規で記述されるように、一方ではまだ開始されていないが、他方で、法律で記述された犯行における行為の実行は未遂の開始をそれ自体で含んでいる。

〔57〕 ▶ 密接な結びつきおよび直接性にとっての徴表は、行為者から見た攻撃客体の具体的危殆化（客観的構成要素の危殆化の観点）である。

〔58〕 しかしながら、行為者の観点においては、判断基準としての危殆化の枠内で、計画時点での行為者の表象が重要となり得るのではなく、むしろ、犯行の実行の時点での表象が重要となり得る。いわゆる「中止の地平（Rücktrittshorizont）」（欄外番号118以下）への中止の事案において問題となるように、未遂の事案でも、行為者が犯行実行時点で攻撃客体を直接に危殆化していることを表象している（いわゆる未遂の地平（Versuchshorizont））場合にはじめて、直接の着手が受け取られ得る。

〔59〕 したがって、主観客観混合説と結びつけられる公式は、確かに行為者の表象に基づくが、けれども未遂の段階を可能な限り密接に構成要件該当性の要素の実現に結びつける公式である。それに加えて、この見解は、たとえ行為者によって危険が表象されている事案において客観的に構成要件該当性の要素に該当しなければ攻撃客体の実際の危殆化の発生もしない場合であっても、法益保護の利益において未遂を想定することを可能にする。

〔60〕 事例

以上に基づいてリーディングケース9 ヴァージョン a を考察すると、

未遂の段階が柵の開放時点ではじめて達成されるのではなく、むしろBが柵を開けるために柵に近づいた場合に既に未遂段階に至っていることになる。ヴァージョンbにおいても、Bは直接に着手したといえる。それというのも、Bの表象によれば、柵の開放によって窃盗罪における奪取の実現が占有の弛緩という形式で既に開始されたのであり（時間的観点）、また若い雄牛が領得される具体的危険もBの表象によれば存在していた（危殆化の観点）からである。

e) 事前的明白に非危険の未遂や（認識されていない）合法的未遂における直接の着手の不存在

〔61〕 支配的見解によれば、未遂の可罰性はその正当性を、行為者が「法敵対的意思を行為に表すことによって法秩序への攻撃の印象を呼び起こし、それによって法的平穩にある法共同体の信頼を動揺させる」ことに見出される。この公式は刑法23条3項も、つまり、その危険性がないにもかかわらず当罰的である、著しい無分別による不能未遂の可罰性も考慮している。この公式は、事前的明白に非危険の未遂の可罰性を支えることはできない。それというのも、例えば、妊婦が第三者には知られていない液体をまだ生まれていない子供を殺害するために摂取するように、刑法23条3項による未遂の実行は全くもって危険な態度の印象を呼び起こし得るという点に、〔事前的明白に非危険の未遂と〕同法23条3項との相違があるからである。これに対して、事前的非危険の未遂は——散弾銃で飛行機を「射落とす」——、実行においても、誰にとっても明らかに危険とは認識され得ない態度である。行為者の表象でのみ誤って危険とみなされたが、しかし行為者によって表象された事態それ自体では客観的に明白に危険ではない実行の態様（事前的客観的非危険の未遂）は、法秩序への攻撃の印象を呼び起こし得ないし、また法的平穩にある法共同体の信頼もほとんど動揺させ得ない。したがって、直接の着手は、行為者の表象を基礎に少なくとも客観的

に危険な形で現れなければならない。飛行機の撃墜のために散弾銃を発射する場合には、このことが認められないのである。未遂無価値の客観的構成要素である危殆化の観点が欠けているからである。

〔62〕 さらにいっそう、行為者の行為が（本人に見分けられていない場合であっても）適法であるが故に、直接の着手に応じた事態無価値が存在しない場合にも、事前的明白に非危険の未遂が実行されても直接の着手は否定される。この問題性は、主観的正当化要素の欠如の領域で詳細に言及されることになる。その記述を参照されたい（第5章欄外番号49以下）。

〔63〕 リーディングケース9について

リーディングケース9バージョンbにおいては、Bの行為は、その表象を基礎にすれば客観的に危険とみなされる。なぜならば、牧場に牛がいるかどうかがまずもって明らかではないからである。したがって、事前的客観的に非危険な未遂は存在していない。

f) 拡張された刑罰法規、特に加重規定や通常例、複数の実行行為を伴う刑罰法規における直接の着手

〔64〕 主観客観混合説は、行為者の観点からの場所的・時間的基準によって直接の着手を判断する。そこから、構成要件該当性の追加的要素は、それが表象され場所的時間的な攻撃客体の危殆化に関連する限りでのみ、直接の着手にとっての意義を有し得る。したがって、加重を基礎づける要素ないし通常例にとっての基礎である要素は、それらが攻撃客体への表象された場所的時間的危殆化に影響を与える場合、すなわち犯罪行為の名にふさわしい場合にのみ、直接の着手に影響を及ぼす。そのため、刑法244条1項1号a〔持凶器窃盗罪。行為者もしくは他の関与者が凶器もしくはその他の危険な道具を携帯している際に窃盗を行った者〕による危険な道具の携帯は、未遂の開始には影響を及ぼさない。これに対して、244条1項

3号〔住居侵入窃盗。行為を実行するために、住居に侵入し、障害を乗り越え、合鍵もしくはその他の正規に錠を開くためのものではない道具を用いて押し入りもしくは住居に潜み隠れて、窃盗を行った者〕の未遂は、住居への侵入や乗り込みが奪取行為の要素としての占有の弛緩である場合には、それらの時点で既に認められる。

〔65〕 刑法243条1項〔犯情の特に重い窃盗罪〕における通常例にも同じことが妥当する。もちろん、連邦通常裁判所は、通常例の実現を直接に着手した場合に可罰的未遂段階の閾を踏み越えていると考えている。しかし、支配的な学説によれば、このことは正当にも次の点に鑑みて否定されている。すなわち、通常例は構成要件該当性の要素ではなく、したがって、直接の着手はなおさら基礎づけられ得ないという点である。

〔66〕 それほど明らかでないのが、例えば刑法249条の強盗罪で「強盗の手段としての強要」や「奪取」が構成要素となっているように、複数の犯罪行為を伴う刑罰法規における位置づけである。ここでは、一つの犯罪行為を直接に着手した時点で犯罪行為全体への直接の着手が認められると主張されることがほとんどである。しかしながら、行為者の表象によると刑罰法規の結合により保護された法益全てへの直接の介入が存在するかどうか、考慮に入れられなければならない。行為者の観点から刑法249条における強要を直接に着手している点で占有の弛緩を通じた所有への攻撃もまた同時に見て取られ得る場合には、強盗の未遂となるのである。これに対して、行為者が、（例えば権利者が財物の奪取に全く気がつかなかったが故に）行為者の表象上人への直接の危殆化が存在せずに、奪取を開始した場合、その点で強盗の未遂が除かれるが、窃盗の未遂は否定されない。

〔67〕 例えば、刑法252条による強盜的窃盗のように刑罰法規が他の刑罰法規の実現を前提としている場合には、複数の犯罪行為を伴う刑罰法規は問題とはならない。それというのも、ここでは、事前行為としての窃盗の既遂に結びつけられるからである。したがって、窃盗に着手した者はまだ

強盜的窃盜には着手しておらず、窃盜の既遂後に、その者の表象によると、刑法252条所定の強盜的手段により財物の占有を得ることに着手している者の場合に初めて、強盜的窃盜の着手が認められるのである。

g) 被害者の関与が必要な場合の直接の着手

〔68〕 事例 9.8

ヴァイエルバルト・ベアヴェルツ (*Bayerwaldbärwurz*) [ビールの銘柄] 事件 (「毒の罠」事件とも言う) (BGH 1 StR 234-97 BGHSt 43, 177 = NStZ 1998, 241) Aの一世帯用住宅に何者かが侵入し、キッチンで暖かい料理を調理し、そこで様々な飲み物のボトルも飲んでた。盗品が屋根裏部屋に持ち込まれてもいた。したがって、Aにより通報された警察は、行為者が後日盗品を取りにもう一度戻ってくるだろうと想定した。1994年3月8日から9日の夜に、4人の警察官がこの家に来るだろう侵入者を捕まえ得るために家に滞在した。

〔69〕 同じくして、Aは3月8日の深夜に、侵入に対する怒りから一階のホールに「純正ヒーケのヴァイエルバルト・ベアヴェルツ (*Echter Hieke Bayerwaldbärwurz*)」というラベルを貼った商業用の酎器ボトルを置いたが、それにはAが毒性の高い液体を注ぎ、再度封をしていた。Aは、家に留まっていたが、極めて少量の摂取で即座に死に至り得るとわかっていた。しかし、このグラスを置く際に、Aは、ひょっとしたら再び侵入者が現れ、グラスから飲んで、独で死に至り得るということを斟酌していた。

Aは故殺の未遂のかどで可罰的となる行為を為したのか？

〔70〕 ヴァイエルバルト・ベアヴェルツ事件で問題となるのは、犯罪行為の実現のために被害者の関与がさらに必要な場合に、未遂の直接の着手は

いつ認められるのかである。

〔71〕 学説上は、行為者が事象の経過を行為者自身の支配領域から手放したか、あるいは、その表象によると被害者が、構成要件該当性の実現との密接な場所的・時間的結びつきにおいてその影響が及ぼされる態様で危殆化されている場合に、未遂が肯定されている。構造上、間接正犯における未遂の開始との比較可能性が顕著である（第10章の欄外番号133以下）。両基準とも、実例の事案では、未遂の可罰性を基礎づけることができていない。〔72〕 連邦通常裁判所も未遂を否定する。行為者が被害者の出現をただあり得るとは考えたが、まだ不確実であるとみなしている場合には、表象された被害者の危殆化が決定的とされる。これに対して、行為者にとって被害者の出現が確かである場合には、直接的危殆化は犯罪行為が終わる時点で既に存在している。

〔73〕 学説の基準は、それが——行為者の表象から出発し——あらゆる未遂の可罰性の基礎としての客観的に判断されることになる被害者の危殆化の強度に基づいているため、より説得的に思われる。これは、行為者によるコントロールが欠けるか、あるいは被害者が近づいたことによって生じる。それに対して、犯罪行為の終了の際の行為者の側における故意の強度への着目は、その危殆化を考慮しないことになる。それというのも、確実な出現という表象はなお不在の被害者を危殆化していないが、しかし十分コントロールが失われているからである。そして、出現が不確かであると表象は、行為者がコントロールを手放した場合には、危殆化を減少しない。

h) 不作為による直接の着手

〔74〕 不作為による未遂の行為者もまた、その表象により不作為の実現に直接に着手していなければならない。けれども、この時点の確定は問題がないわけではない。

〔75〕 事例 9.9

ケンプテン御茶事件 (BGH 1 StR 357/94 BGHSt 40, 257) 治療医 A は、対話が不可能であり、痛みの刺激には瞼の動きでのみ、光の刺激には視線の動きで、強い音の刺激には身をすくませることで反応していた、老いた脳障害の患者に対し、将来にはもはやゾンデ栄養食餌法〔鼻腔等からカテーテルを通じて栄養物を注入する方法〕ではなくお茶でのみ栄養補給し、それによって患者を餓死させることを決意した。もっとも、看護スタッフがゾンデ栄養食餌法を中断することを拒んだため、未遂に留まった。

〔76〕 次の場合、A は不作為による故殺の未遂に直接に着手したのだろうか。

- a. ゾンデ栄養食餌法の代わりに最初からお茶が与えられていた場合
- b. ゾンデ栄養食餌法を持続的に中断することにより、ゾンデ栄養食餌法の再開により患者の生命を救う最後の可能性が守られなかった場合
- c. その表象により、ゾンデ栄養食餌法の中断の結果患者に具体的な生命の危険をもたらした場合

〔77〕 多数により主張されるヴァリエーション (c)——行為者の表象により具体的生命の危険の発生——は、それが積極的な作為における危殆化基準と一致するという利点を有する。それに対して、最初の不作為行為に直接の着手を認める見解 (a) は、可罰性の領域を極めて広く前倒している。他方で、行為者の表象により最後の可能性を守らない時点を直接の着手の時点とする見解 (b) は、不作為による未遂の領域を行為者の表象が見誤っている、つまり不能未遂が存する場合に、そうでなければ既遂が発生してしまうに違いないが故に、限定している。

〔78〕 事例 9.9 について

ケンプテンのラント裁判所第1刑事部は、刑法212条〔故殺〕、213条〔犯情のあまり重くない故殺〕、22条、23条、13条〔不作為の類推許容規程〕を適用し、不作為による犯情があまり重くない故殺の未遂のかどでAに有罪判決を下した。連邦通常裁判所はその点で法的判断の誤りを認めなかったが、さらなる事実の解明のためにケンプテンのラント裁判所第2刑事部に事件を差し戻した。第2刑事部は、Aの行動が患者の意思に合致していたが故に、Aを無罪とした。

Ⅱ. 未遂の可罰性の形式的限界（刑法23条）

〔79〕 Iで示した実体的未遂無価値の実現すべてが処罰され得るわけではなく、既遂の犯罪行為と異なり可罰性のある場合においてさえ制限が存在している。ここでは刑法23条により制限されている。

〔80〕 刑法23条 未遂の可罰性

- ① 重罪の未遂は常に可罰的であり、軽罪の未遂は法律に明文の定めのあるときに限り可罰的である。
- ② 未遂は、既遂の所為よりも軽く処罰され得る（刑49条1項）。
- ③ 行為者が、著しい無分別から、所為を行おうとした対象または手段の性質によれば、未遂がおよそ既遂には達し得なかったことを誤認したときは、裁判所は刑を免除または裁量により刑を減輕することができる（刑49条2項）。

〔81〕 刑法23条1項は、その内側で法律による刑罰法規および未遂の可罰

性の結合から大前提が形成され得る領域を固定している。したがって、この領域の外側では、未遂無価値の実現はすでに構成要件に該当しない。例えば、宣誓によらない虚偽の陳述罪（刑153条）の未遂無価値を実現した者は、刑法23条1項の結果、同法153条および22条から形成される法規「その表象により、法廷で……証人ないし鑑定人として宣誓によらずに虚偽の陳述をする所為を直接に開始した者は、処罰される」

が存在しないために、処罰されないのである。

〔82〕 第2項および第3項は、これに対して、未遂の犯罪行為の法律効果に関連する。未遂における一般的な任意的刑の減輕（2項）は、未遂の犯罪行為の行為者には既に定義に則って既遂にとつての無価値が帰属され得ないということから、当罰性の評価を下げることに言及している。

〔83〕 これに対して、著しい無分別からの未遂における刑の減輕は、刑の免除（刑60条、刑の宣告のない有罪判決）にまで至り得るが、刑罰の必要性の考慮にも基づいており、したがって、ここではまさに行為者が著しい無分別から行為しているが故に法益や法秩序の妥当に対するその攻撃が誰にとつても明白に真摯なものとは受け取られないという（一般）予防的な背景事情もある。カミツレ茶で墮胎をし得ると考えた妊婦は（上述欄外番号31の事例9.3）、毒殺未遂における農夫がデキストロース（＝ブドウ糖）のラベルが貼られた容器にある白い物質を用いた場合と同様に、少しも真摯には受け取られないのである。

〔84〕 したがって、ここでは、法秩序の妥当を明確にするために、労力を用いる必要性は弱められたもので済むし、あるいはまったく労力を用いる必要すらない。

Ⅲ. 未遂の処罰根拠

〔85〕 刑法22条および23条で確定された未遂の可罰性の法律上の枠の手助

けにより、結果として法律上記述された外界の変動がそもそも発生していないにもかかわらずなぜ所為が可罰的となるべきか、いつそうなるべきかに関する洞察が獲得され得る。

〔86〕 刑法22条、23条に異論を唱える客観的未遂論は、保護された行為客体の具体的な危殆化をも未遂の処罰根拠とみなす。この見解によれば、未遂は具体的危険犯の構造を有することになり、未遂の「結果」は攻撃客体にとっての具体的危険の惹起であることになる。この見解に対しては、とりわけ不能未遂（刑23条1項、2項）や著しい無分別からの未遂（刑23条3項）の可罰性が言及される。それというのも、これらの場合には、刑法211条以下の構成要件該当性の要素としての攻撃客体の客観的危殆化が存在していないが——行為者が暗闇の中で人間（刑211条以下）とみなした案山子（物、刑303条〔器物損壊罪〕）を射撃することだけを考えていた場合——、それにもかかわらず刑罰が科され得るからである。

〔87〕 そこから、案山子を射撃するという形態での殺人未遂の処罰根拠は、攻撃客体たる「物」の危殆化に見出すことは確かにできないが、しかし、行為者が抽象的な法益（第2章欄外番号12以下）としての生命を尊重しないことにより攻撃している点には見出し得るということが、導かれ得る。もっとも、行為者意思を志向する主観的未遂論も、説得的なものとはなり得ない。それというのも、——法益に敵対的な思想の自由の保持の場合でさえ——既に刑法上保護された法益の行為に表れた不尊重すべて、すなわち行為者の行為に表れた法益敵対的心情が、未遂無価値を根拠づけなければならないはずだからである。これに対して、この見解は、それを用いて行為者がその法益敵対的な心情を行為に表そうと考えたところの行為態様すべてに未遂の可罰性の領域を拡張することになる。法敵対的な心情を行為に表すことが既に攻撃客体の危殆化の前に可罰性を基礎づけているが故に、実質的な予備行為が未遂に対して機能していないことになる。これを回避するために、行為者の心情が直接に開始という意味で攻撃客体との関

係へともたらすところの制限が必要である。

〔88〕 したがって、未遂の処罰根拠は、一方では不能未遂も可罰的であるという観点から、他方で犯罪行為の実現のためには直接の開始が必要であるという観点から、主観・客観混合的に次の点で理解される。すなわち、行為者が法敵対的な心情から（「自らの表象により」、主観的）、構成要件該当の攻撃客体を——行為者の表象を基礎に——直接に危殆化して現れる（客観的）態様で、外部へと行為に表したという点である。さらに、著しい無分別からの未遂における追加的な刑の減輕（刑23条3項、上述欄外番号83）や迷信による未遂の不処罰性（上述欄外番号39）、本書で主張される事前的非危険の未遂の不処罰性（上述欄外番号61以下）は、一般の人々の法秩序の妥当への信頼を動揺させ、法的平穩を侵害し得る印象を残した、そのような未遂だけが可罰的であるべきであるということを示している。したがって、未遂の可罰性の主観的・客観的な正当性は、印象説（*Eindruckstheorie*）と呼ばれる。

〔89〕 このように特徴づけられた未遂の処罰根拠は刑法22条、23条に相應するが、攻撃客体の保護を通じた法益の尊重に妥当性をもたせるという刑法の任務をも最も容易に正当化し得る。それというのも、我々が未遂が不能であるか否かを事前にはまだ知らない限りで、後に不能であったと知る未遂もまた、まずもって客観的に危険な状況であるからである。そして、我々は、行為者とは異なり、その行為が完全に危険ではないと知っている場合でさえ、この不能未遂への直接の開始も事前には客観的に危険であり、その点で、部外者の第三者に対して危険との外観すらも呼び起こしているからである。

Ⅳ. 特別の問題

1. 特別な結果によって加重される（結果的加重）犯罪における未遂

〔90〕 刑法11条2項によれば、特別な結果により加重される犯罪行為も、未遂の可罰性をあり得るものとする故意による犯行である。したがって、特別な結果により加重される犯罪行為と未遂の解釈学的結合は原理的に承認されているが、個々に以下の事例群が区別される。すなわち、基本犯の既遂と特別な結果の未遂（a）、基本犯の未遂と特別な結果の発生（b）、ならびに、基本犯の未遂と特別な結果の未遂（c）である。

a) 基本犯の既遂と特別な結果の未遂（「加重結果の未遂」）

〔91〕 いわゆる「加重結果の未遂（Versuch der Erfolgsqualifikation）」は、基本犯が既遂となった行為者が特別な結果を自身の故意に引き受けたが、その発生が生じない場合である。その場合、加重結果の未遂は基本犯の既遂と所為単一（Tateinheit）にある。

b) 基本犯の未遂と特別な結果の発生（「結果加重的な未遂」）

〔92〕 より難しいのは、いわゆる「結果加重的未遂（erfolgsqualifizierter Versuch）」の事案における判断である。すなわち、行為者が過失ないし軽率に既に基本犯の未遂を越えて特別な結果を惹起した場合である。

〔93〕 ここではまず、そこでは基本犯の未遂がそれ自体で可罰的ではない事案（例えば刑221条3項〔遺棄致死罪〕）が除外され得る。それというのも、その場合には特別な結果は刑法18条の意味で刑を加重せず、むしろ刑罰を根拠づけることになるからである。付言すれば、支配的見解はここで正当にも刑罰法規の構造により区分する。つまり、特別な結果が犯罪となる行為と結びつけられる場合〔死亡結果を伴う性的強要罪（178条）や死

亡結果を伴う傷害罪（227条）のような場合〕、結果加重的未遂にとっての領域がある。その場合、当該結果が、その特有の危険がそこで現実化されたところの事態を結びつけるからである。しかしながら、結果により加重される未遂は、刑罰法規の構想により加重が基本犯の外界の変動に基づいている場合（例えば刑308条3項〔爆薬による爆発致死罪。同条1項が基本犯で爆薬による爆発罪〕と関連して刑313条2項〔出水致死罪、308条2項ないし6項の準用規定〕）には除外される。

c) 基本犯の未遂と特別な結果の未遂（「結果的加重犯の未遂」）

〔94〕 基本犯も特別な結果も未遂段階に留まったままの形態での「結果的加重犯の未遂（Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts）」もまた承認されている。けれども、b) にて挙げられた前提を超えて、両方の構成要素にとって既に直接の開始が肯定され得るということが必要である。

2. 通常例における未遂

〔95〕 基本犯と通常例の関連においても未遂の実現段階は、三つの組み合わせの可能性（a-c）を認めている。

a) 基本犯の既遂と通常例の「未遂」

〔96〕 例えば、行為者が窃盗の遂行のために建物に侵入するつもりであったが、予期に反してドアに鍵がかかっていなかった場合に、〔刑法243条の犯情の特に重い窃盗罪における〕通常例の「未遂」を伴う基本犯の既遂となる。行為者が意図された窃盗を行った場合、支配的な学説は、通常例の未遂は特に重要であり、場合によっては総合考慮に基づき窃盗の特に重い事例が是認され得るということを受け入れている。

b) 基本犯の未遂と通常例の実現

〔97〕 基本犯が未遂だが、これに対して通常例が実現された場合、多数説は窃盗の特に重い事例の未遂を認めており、したがって通常例の効果が認められる。

〔98〕 事例 9.10

行為者は建物に侵入したが、何も見つからず、目的を果たさずに犯行現場を立ち去った。

c) 通常例と基本犯の両方の未遂

〔99〕 事例 9.11

行為者が予期に反してドアに鍵がかかっていないことに気づいたが、建物には何らの盗める品も見つからず、目的を果たさずに再び立ち去った。

〔100〕 連邦通常裁判所はここで通常例の効果を認め、窃盗の特に重い事例の未遂のかどで有罪判決を下している。

〔101〕 a) から c) で記述した問題を事物に即して扱うならば、特に重い事例が通常例の効果として想定され得るかどうか、あるいは、その想定が特別の基礎づけを必要とするかどうかだけが問題であるということが、まずもって考慮されなければならない。通常例は、行為関係のないし行為者関係のかどうかと同様に、高められた無価値を示すある事態を記述しているので、通常例の効果の基礎づけのために、先の無価値が基本犯との関係で重要であるかどうかにかかっている。基本犯が既遂となっていない場合がその事案である。したがって、b) と c) の事例群において通常例の効果を肯定することが事物に即している。

V. 未遂犯の構造

[102] ▶ 予備的検討

- ・ 行為者が遂行するつもり of 犯罪行為が完全に実現されてはいない、ないしは、行為者にとって完全に実現されたものとしては帰属されない。
- ・ この犯罪行為の未遂が刑法23条1項により可罰的である。

I. 構成要件該当性

1. 構成要件該当性の主観的要素（人的不法）

a. 「犯行の表象」（「決意」）＝

構成要件該当性の客観的要素に関する故意

b. 人的メルクマールの存在（意図、等）

2. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値）

直接の開始＝

——犯行決意に基づく

——攻撃客体の直接的危殆化

——構成要件該当性実現のためのさらなる本質的な中間ステップの不存在

II. 違法性

既遂犯の場合と同様

III. 有責性

既遂犯の場合と同様であるが、故意自体が因果的行為論により決意を形成している。

〔中村 悠人〕